DIE ANSPRÜCHE
GETRENNT LEBENDER EHEGATTEN AUF DIE HERAUSGABE DER KINDER

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG a.L.

VORGELEGT VON

HANS HEINZ SPRINGFELD

REFERENDAR IN BERLIN

MARBURG 1926

DIE ANSPRÜCHE
GETRENNT LEBENDER EHEGATTEN AUF DIE HERAUSGABE DER KINDER

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG a. L.

VORGELEGT VON

HANS HEINZ SPRINGFELD

REFERENDAR IN BERLIN

BERICHTERSTATTER:
GEH. JUSTIZRAT PROFESSOR DR. FR. LEONHARD

MARBURG 1926

Meinen lieben Eltern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Uebersicht

I. Einleitung — Seite

§ 1. Allgemeines über den Herausgabeanspruch . . 6

II. Das Vorrecht des Vaters bei der Sorge für die Person der Kinder

§ 2. Bedeutung und Würdigung des § 1634 BGB. . . 9

§ 3. Das Vorrecht des Vaters auf Herausgabe und Vorenthaltung der Kinder 12

III. Wodurch erlangt die getrennt lebende Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann ein eigenes Recht auf Herausgabe oder Vorenthaltung der Kinder?

§ 4. Das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts . . 14

§ 5. Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts . 17

§ 6. Die Schikaneeinrede 18

§ 7. Die Einrede der Verjährung 19

§ 8. Verbotene Eigenmacht 19

§ 9. Das Rückbehaltungsrecht 19

§ 10. Die Mißbrauchseinreden 20

1. Der Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt . 20

2. Der Mißbrauch der elterlichen Gewalt . . . 25

§ 11. Vertragliche Vereinbarung 27

1. Vertraglicher Verzicht auf ein Sorgerecht . 29

2. Die Uebertragung der Ausübung eines Sorgerechtes 34

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0028

I. Einleitung

„Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht." Mit diesem Satze, der als Artikel 120 in den zweiten Hauptteil der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, in die „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen", aufgenommen worden ist, finden zum ersten Male in einer modernen Staatsverfassung familienrechtliche Gedanken Erwähnung. Wenn auch die Grundrechte in der Hauptsache weniger als rechtschaffende Sätze, vielmehr als programmatische Erklärungen anzusehen sind, so sind sie doch als Niederschlag der gegenwärtigen kulturellen Anschauungen unseres Volkes nicht ohne Bedeutung und sind geeignet, die weitere Entwicklung unseres Rechtes unmittelbar oder mittelbar zu beeinflussen. Es ist selbstverständlich, daß den Fragen des Familienrechtes, insbesondere denjenigen, die sich auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern beziehen, eine immer größere Beachtung geschenkt werden muß. Der Gedanke, der unser Zeitalter, das „Jahrhundert des Kindes", beherrscht, daß von der Jugend die Zukunft eines Volkes abhängt, hat auf sozialem Gebiete umwälzend und schöpferisch gewirkt, auf die familienrechtliche Gesetzgebung ist er bisher fast ohne Einfluß geblieben. Es drängt sich daher die Frage auf, ob die gesetzlichen Bestimmungen über die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern noch im Einklang stehen mit den heutigen kulturellen Anschauungen unseres Volkes und ob sie darüber hinaus den Anforderungen entsprechen, die an das Gesetz als befruchtenden Faktor des kulturellen Lebens gestellt werden müssen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Vorschriften unseres Familienrechtes und ihre Auslegung in mancher Hinsicht der Eindeutigkeit ermangeln — dafür ist die Fülle der widerstreitenden höchstrichterlichen Entscheidungen ein Beweis —, und dieser Mangel ist natürlich gerade hier, wo es sich um Bestand und Gestaltung des Familienlebens handelt,

von ganz besonderer Gefahr. Den Fragen des modernen Elternrechts ist in der Wissenschaft der jüngeren Zeit eine recht geringe Beachtung geschenkt worden. So rechtfertigt sich der Versuch, zu der auf diesem Gebiete noch zu leistenden Arbeit einen bescheidenen Beitrag zu liefern.

Die vorliegende Arbeit hat nur einen kleinen Ausschnitt aus der Fülle der familienrechtlichen Probleme zum Gegenstand, und zwar will sie sich mit der Frage auseinandersetzen, welchem der Ehegatten bei tatsächlicher Trennung der Ehe die gemeinsamen Kinder zustehen. So eng umgrenzt unser Thema auch ist, so ist doch die Frage, die es behandelt, im praktischen Leben von großer Bedeutung. Denn wenn zwei Ehegatten, aus deren Ehe Kinder hervorgegangen sind, sich voneinander trennen wollen, so ist in den meisten Fällen ausschlaggebend, bei wem die Kinder verbleiben und erzogen werden sollen.

§ 1. Allgemeines über den Herausgabeanspruch.

Für den Fall, daß die eheliche Gemeinschaft durch Richterspruch, durch Scheidung im rechtlichen Sinne, aufgehoben wird, hat das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich der Verteilung der Kinder eine Reihe von besonderen Bestimmungen, so insbesondere die des § 1635, getroffen. Ist die Trennung der Ehegatten jedoch nur eine rein tatsächliche, gesetzlich nicht bestätigte, so greifen mangels besonderer Regelung die allgemeinen Vorschriften des Eltern- und Kindesrechtes während des Bestehens der Ehe Platz.

§ 1626 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt:

„Das Kind steht, solange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt."

Die einzelnen Rechte und Pflichten, die das Gesetz aus dem elterlichen Gewaltverhältnis ableitet, erstrecken sich sowohl auf die Person wie auf das Vermögen des Kindes. Der Hauptzweck der Gewalt über die Person des Kindes ist dessen körperliche und geistige Ausbildung, seine Erziehung. Unter der Personensorge ist — um der Definition Opets[1]) zu folgen — die Summe derjenigen Rechte und Pflichten zu verstehen, deren Betätigung die leibliche und geistige Existenz bis zum Eintritt der Volljährigkeit derartig zu fördern bestimmt ist, daß die durch die Rechtsordnung an diesem Termin geknüpfte Erwerbung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit das Kind in einem

dieser Erweiterung seiner rechtlichen Sphäre angemessenen leiblichen und geistigen Zustand trifft.

Dieser Erziehungszweck kann nur erreicht werden, wenn den Eltern gleichzeitig das Recht gegeben wird, dem Aufenthalt des Kindes in einer ihnen geeignet erscheinenden Umgebung zu bestimmen. Diesem Erfordernis entspricht der § 1631 BGB. In unmittelbarem Zusammenhang damit steht die Vorschrift des nächstfolgenden Paragraphen, nach dem die Sorge für die Person des Kindes das Recht umfaßt, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater — oder besser dem Sorgeberechtigten — widerrechtlich vorenthält. Diese Bestimmung sagt bezüglich des Umfangs der elterlichen Gewalt nichts Neues. Sie gibt nur dem als Bestandteil des Sorgerechts gekennzeichneten Aufenthaltsbestimmungsrechts des § 1631 eine bestimmte Wirkungsrichtung gegen Dritte. Gehring[2]) spricht sehr gut von der „Außenseite des Herrschaftsrechts". Wer den Herausgebeanspruch geltend macht, will daher nichts anderes wahren als sein Recht als Inhaber der Sorgegewalt überhaupt, das sich eben in den verschiedensten Formen auswirkt und im einzelnen Falle gegen Dritte als der Anspruch des § 1632 in Erscheinung treten kann. Wie dieser Anspruch im BGB. ausgestaltet ist, ist im Rahmen unserer Arbeit nicht zu erörtern.

Nur einige Worte in diesem Zusammenhange über den Begriff der „Vorenthaltung" und den der „Widerrechtlichkeit" in § 1632.

Die Vorenthaltung muß zum Ausdruck kommen in einem tatsächlichen Gewaltverhältnis zu dem Kinde. Der Dritte muß gegen die Fortführung des Kindes einen wenn auch passiven Widerstand leisten oder auch nur dem Herausverlangenden das Recht auf Herausgabe bestreiten.[3]) Es genügt nicht, daß er dem Kinde Wohnung und Unterhalt gewährt;[4]) andererseits ist es nicht nötig, daß sich das Kind bei dem Dritten selbst aufhält. Wenn dieser es an einen anderen fortgegeben hat mit der Bestimmung, daß der Aufenthalt des Kindes geheim bleiben solle, und wenn er dadurch die Rückkehr des Kindes zu dem Sorgeberechtigten vereiteln will, so liegt auch in dieser Art von mittelbarem Besitz ein Vorenthalten im Sinne des § 1632 BGB.

Widerrechtlich handelt der Vorenthaltende stets, wenn er nicht auf Grund eigener Sorgegewalt ein eigenes Recht auf das

Kind hat, sei es, daß ihm dieses Recht auf Grund elterlicher Gewaltstellung zusteht, sei es, daß es ihm auf Grund eines staatlichen Aktes zuerkannt worden ist.

Aus dem Wortlaut unserer Aufgabe und den letzten Ausführungen geht hervor, daß wir nur von solchen Kindern zu handeln haben, an denen ein elterliches Recht auf Herausgabe besteht. Die Personensorge und damit der Herausgabeanspruch beruht auf der natürlichen und sittlichen Gemeinschaft zwischen den Eltern und ihren Abkömmlingen und ist daher ein Ausfluß des Verwandtschaftsverhältnisses. Der uneheliche Vater eines Kindes gilt mit diesem rechtlich nicht als verwandt. Nur die eheliche Kindschaft kann eine elterliche Gewalt und einen Herausgabeanspruch begründen. Mithin kann es einen Streit zwischen zwei Ehegatten nur um solche Kinder geben, welche entweder aus der Ehe hervorgegangen sind oder späterhin durch einen Rechtsakt, etwa durch Adoption, die Stellung eines gemeinsamen ehelichen Kindes erlangt haben.

II. Das Vorrecht des Vaters bei der Sorge für die Person der Kinder

§ 2. Bedeutung und Würdigung des § 1634 BGB.

Der Herausgabeanspruch des § 1632 BGB. ist, wie bereits ausgeführt, eine besondere Erscheinungsform der elterlichen Gewalt. Ein Streit zwischen den beiden Elternteilen um die Herausgabe der Kinder gipfelt daher in der Frage, wie die elterliche Gewalt auf Vater und Mutter in deren Verhältnis zueinander verteilt ist. Diese Frage beantwortet uns das Gesetz in einer ganzen Reihe von Bestimmungen, von denen als die wichtigste der § 1634 BGB. hervorzuheben ist.

Nach § 1634 steht der Mutter während der Dauer der Ehe neben dem Vater die Personensorge für die Kinder zu. Zur Vertretung der Kinder ist sie im allgemeinen nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor.

Das Gesetz begründet damit eine grundsätzliche Vormachtstellung des Vaters gegenüber der Mutter, eine Vormachtstellung, die allerdings in besonderen noch zu behandelnden Fällen eingeschränkt oder auch ganz beseitigt werden kann. Hieran knüpft sich nun ein heftiger Streit der Meinungen darüber, wie die Gewaltstellung der Mutter rechtlich zu werten ist, ob man überhaupt von einer e l t e r l i c h e n Gewalt der Mutter reden kann, und ähnliche Fragen. Wenngleich dieser Streit, was den geltenden Rechtszustand anbetrifft, fast ausschließlich theoretische Bedeutung hat, so ist er doch in rechtspolitischer Hinsicht von Interesse. Darum glauben wir, auf eine Stellungnahme im Rahmen unserer Arbeit nicht verzichten zu können.

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der elterlichen Gewalt eingeführt hat, so sollte daraus zu schließen sein, daß es beiden Eltern ein gemeinsames und gleiches Recht auf und über die Kinder hat geben wollen. Das ist jedoch nicht geschehen. Der Mutter ist während des Bestehens der Ehe lediglich ein — allerdings sehr bedeutsamer — Teil der elter-

lichen Gewalt, nämlich die Sorge für die Person der Kinder, zuerkannt worden. Aber auch auf diesem Wirkungsgebiet ist die Mutter dadurch beschränkt oder doch beschränkbar, daß ihren Entscheidungen der widerstreitende Wille des Vaters vorgeht.

Daß der Mutter das Vertretungsrecht des Kindes abgesprochen wird, kann man vielleicht schon damit rechtfertigen, daß der Vater in erster Linie die pekuniäre Last und Verantwortung trägt, die die für das Kind abgeschlossenen Rechtsgeschäfte mit sich bringen. Es erübrigt sich für uns, hierauf näher einzugehen. Wie aber verträgt sich die „Bevormundung" der Mutter durch den Vater bei der Personensorge mit der Grundanschauung unseres heutigen Rechtslebens von der Gleichstellung der Frau mit dem Manne?

In den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch konnte man natürlich an diesen Fragen nicht vorübergehen. Die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches[5]) vertreten den Standpunkt,

> „daß das Mißtrauen, welches frühere Jahrhunderte in die Fähigkeit der Frau zu einer vollen Erfüllung ihres elterlichen Berufes setzten . . . nach den Verhältnissen der Gegenwart nicht mehr berechtigt ist. Den vom praktischen Standpunkt sich erhebenden Bedenken ist ein entscheidendes Gewicht nicht beizumessen; in den weitaus meisten Fällen kann die Fähigkeit der Mutter zur Uebernahme dieser vollen Elternpflicht nicht wohl in Zweifel gezogen werden. Die große Mehrzahl der Fälle aber ist es, welchen das Recht seine Regel zu entnehmen hat."

Niemand wird sich der Wahrheit dieser Ausführungen verschließen. Wie aber kommen wir zu einer Lösung, wenn es sich darum handelt, bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vater und Mutter einen sinngemäßen und auch praktischen Ausgleich zu schaffen? Daß eine Abstimmung eine Entscheidung nicht herbeiführen kann, ergibt sich aus der Zweizahl der Beteiligten. Es bleibt also nur übrig, eine Instanz zu schaffen, der das Amt eines Schiedsrichters zufällt, und hier liegt es nahe, diese Aufgabe dem Vormundschaftsgericht zu übertragen, dem sonst in weitem Umfange die Fürsorge für die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder anvertraut ist. — Diese Forderung wird auch von vielen aufgestellt.[6]) Diese gehen von der Erwägung aus, daß es dem Wesen der Ehe und der

inneren Gleichberechtigung beider Teile nicht entspräche, einem von ihnen mehr Rechte zuzubilligen als dem anderen. Das Bürgerliche Gesetzbuch sei in diesen Fragen den Anschauungen und Forderungen unserer Zeit, die die Frau als gleichgestellte Genossin des Mannes anerkenne, nicht gerecht geworden, sondern habe ihnen Zwang angetan, weil es sich nicht von überlebten Gedanken einer früheren Zeit habe freimachen können.

Wenn diese Auffassung rein logisch auch unangreifbar scheinen mag, so stehen ihr doch wichtige Bedenken entgegen.

Es entspricht dem Wesen des modernen Staates mit seinen mannigfachen bevölkerungspolitischen Interessen, daß er sich auf das Leben der Familie in beschränktem Umfange ein Aufsichts- und Eingriffsrecht sichert. Doch muß dieses Recht des Staates so eng als irgend möglich begrenzt und die grundsätzliche Selbständigkeit der elterlichen Gewalt gewahrt bleiben, aus dem Gedanken heraus, daß in erster Linie die Eltern zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder berufen sind. Dem Staate stehen in seinen Schulen und sonstigen Einrichtungen viele Wege offen, auf die Erziehung der Jugend einen wesentlichen, jedoch nicht als Zwang empfundenen Einfluß zu sichern. Eine direkte Einmischung der staatlichen Aufsichtsorgane muß daher nach Möglichkeit vermieden werden, soll nicht der Entwicklung der Einzelfamilie die Eigenart genommen werden, aus der die wertvollsten Kräfte unseres Volkstums entspringen.

So muß auch im Einzelnen angestrebt werden, alle Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten zwischen den beiden Elternteilen, die sich über die Fragen der Kindererziehung tagtäglich ergeben können, zunächst innerhalb der Familie selbst zum Ausgleich zu bringen. Das kann nur geschehen, indem dem Willen des einen Elternteiles bei Meinungsverschiedenheiten ein Uebergewicht gegenüber dem anderen verliehen wird. Die Rücksichtnahme auf den anderen Teil muß zurücktreten hinter dem höheren Ziele der Unabhängigkeit und der Einheitlichkeit der Erziehung. Der Gefahr, daß der Vater seine bevorzugte Stellung zu Uebergriffen zum Schaden des Kindes mißbrauchen könnte, ist dadurch begegnet, daß in solchen äußersten Fällen immer noch das Vormundschaftsgericht einzugreifen befugt und verpflichtet ist. Wir werden darüber noch im Einzelnen zu reden haben.

Nun könnte man die Frage aufwerfen: Wenn schon einem

der beiden Eltern das Entscheidungsrecht gegeben wird, warum soll es dann dem Vater zugebilligt werden? Ist nicht wenigstens bei der Erziehung der Mädchen und der jüngeren Knaben eher die Mutter dazu berufen? Gewiß vermag die Mutter aus ihrer fraulichen Eigenart heraus mit der Seele des Kindes leichter Fühlung zu gewinnen als der Vater. Auch steht ihr in der Regel mehr Zeit als diesem zur Verfügung, sich mit den Kindern zu beschäftigen. Aber dieser unentbehrliche mütterliche Einfluß wird normaler Weise keineswegs dadurch beeinträchtigt, daß der Vater bei Meinungsverschiedenheiten das Vorrecht hat. Es ist nicht nötig, daß die Mutter jedesmal den Rat des Vaters einholt[7]); sie hat grundsätzlich selbständige Erziehungsrechte und auch im Falle eines Widerspruchs des Vaters im Rahmen der durch den Vater bezeichneten Maßnahmen freie Hand. Das Vorrecht des Vaters kommt im Wesentlichen nur zum Ausdruck, wenn es sich darum handelt, den äußeren Rahmen für die Erziehung und Ausbildung der Kinder zu schaffen. Hier muß aber dem Willen des Vaters, der auf Grund der Gestaltung der Ehe im heutigen Recht als Haupt der Familie auch die größere Verantwortung in materieller und ideeller Hinsicht hat, gegenüber dem Willen der Mutter das Uebergewicht gegeben werden.

Eine Verteilung des Vorrechts bei Meinungsverschiedenheiten je nach Geschlecht oder Alter der Kinder würde außerdem nur Verwirrung und Unstetigkeit in die Erziehung hineintragen und somit das Erziehungsziel ernstlich gefährden.

Aus diesen Erwägungen heraus müssen wir die Vorschrift des § 1634 gutheißen, mag sie auch eine bedeutsame Einschränkung der Gleichstellung der Frau mit dem Manne bedeuten.

§ 3. Das Vorrecht des Vaters auf Herausgabe und Vorenthaltung der Kinder.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen über die Sorgegewalt der Frau und ihre Einschränkung gibt uns schon die Antwort auf die erste Hauptfrage unserer Arbeit: „Welchem der Ehegatten stehen regelmäßig bei tatsächlicher Trennung der Ehe die gemeinsamen Kinder zu?“

Die Sorge für die Person der Kinder gebührt der Mutter neben dem Vater. Durch diese Worte kommt zum Ausdruck, daß die Mutter ihre Sorgegewalt kraft eigenen Rechtes ausübt. So kann sie ihr Kind von jedem Dritten herausverlan-

gen, der es ihr widerrechtlich vorenthält, ohne erst dartun oder beweisen zu müssen, daß der Vater des Kindes mit der Geltendmachung des Anspruches durch die Frau einverstanden ist. Ebenso kann sie gegen den Vater des Kindes den Herausgabeanspruch geltend machen, wenn dieser ihr das Kind widerrechtlich vorenthält. Aber widerrechtlich ist die Vorenthaltung durch den Vater nur dann, wenn sie nicht in der elterlichen Gewalt des Vaters begründet ist. Im Regelfalle ist jedoch die Vorenthaltung des Kindes durch die Gewaltstellung des Vaters gedeckt. Dieser handelt also nicht widerrechtlich, wenn er den Aufenthalt des Kindes bei sich und nicht bei der von ihm getrennt lebenden Mutter bestimmt.

Dagegen liegt schon in einer Zuwiderhandlung der Mutter gegen die Anordnungen des Vaters eine Ueberschreitung ihrer elterlichen Gewalt (§ 1634 BGB.). Die Mutter handelt daher widerrechtlich im Sinne des § 1632 BGB., wenn sie entgegen dem Willen des Vaters bei ihrer Trennung von ihrem Ehemann die Kinder mit sich fortnimmt oder auf andere Weise das Aufenthaltbestimmungsrecht des Vaters vereitelt. Dieser kann mithin, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, von denen weiterhin noch zu handeln sein wird, von seiner getrennt lebenden Ehefrau die Herausgabe der Kinder verlangen.

Es wurde in den bisherigen Ausführungen schon mehrfach angedeutet, daß unter besonderen Verhältnissen das grundsätzliche Vorrecht des Vaters auf die Kinder durchbrochen werden muß. Eine solche Einschränkung oder Beseitigung des väterlichen Vorrechtes kann selbstverständlich auch zugunsten der Mutter erfolgen, in dem man dieser ein eigenes Recht auf die Kinder zubilligt, das sie dem Herausgebebegehren des Vaters entgegensetzen oder auf Grund dessen sie von dem Vater die Herausgabe der Kinder verlangen kann.

Es ist Aufgabe der folgenden Erörterungen zu untersuchen, unter welchen Umständen ein Herausgabeanspruch der getrennt lebenden Ehefrau gegen den Ehemann als gerechtfertigt, bezw. ihre Vorenthaltung als nicht widerrechtlich angesehen werden muß.

III. Wodurch erlangt die getrennt lebende Ehefrau ein eigenes Recht auf Herausgabe oder Vorenthaltung der Kinder?

§ 4. Das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts.

Der Anspruch des § 1632 BGB. entspringt aus dem Rechte der Personensorge und erlischt demgemäß mit dem Verlust der Sorgegewalt. Eine zeitlich begrenzte Entziehung der Sorgegewalt hat für die Dauer dieser Maßregel die Aufhebung des Herausgabeanspruches zur Folge. Zu einer Entziehung der Personensorge oder auch nur des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB. das Vormundschaftsgericht befugt.

Wie in dem bereits erwähnten Satze der „Grundrechte" zum Ausdruck gebracht ist, wacht die staatliche Gemeinschaft über die Betätigung der elterlichen Rechte und Pflichten. Grundsätzlich liegt die Erziehung der Kinder in den Händen der Eltern. Wenn aber das Elternhaus nicht die Gewähr dafür bietet, daß die Kinder zu brauchbaren Mitgliedern der Gesellschaft herangebildet werden, ist es Sache des Staates einzuschreiten.[8]) „Die Jugend gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen"[9]), ist eine seiner vornehmsten Aufgaben. Der personen- und vermögensrechtliche Schutz des Kindes ist einer Behörde der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem Vormundschaftsgericht, anvertraut worden. Das ist einmal geschehen, um langwierige und gehässige Prozesse zu vermeiden, besonders aber weil eine Beschlußbehörde mit Offizialverfahren am meisten geeignet ist, die Interessen des Kindes wahrzunehmen, sich Aufklärungen zu verschaffen und Mißstände zu beseitigen. Das Vormundschaftsgericht ist bei der Anstellung seiner Ermittlungen wie überhaupt in der ganzen Art und Weise seines Tätigwerdens von prozessualen Formen und Vorschriften so gut wie unabhängig. Dem Prozeßgericht ist dagegen die objektive Feststellung von Tatsachen nicht in gleichem Maße möglich. Das Gesetz hat darum eine aus-

schließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts begründen wollen, und daraus ergibt sich, daß anderen staatlichen Organen, richterlichen oder nichtrichterlichen, eine Entscheidung darüber nicht zukommt, ob sich der Vater eines Mißbrauchs der elterlichen Gewalt schuldig gemacht hat oder nicht. Eine Nachprüfung kann nur in soweit in Frage kommen, als streitig ist, ob überhaupt eine wirksame Verfügung des Vormundschaftsgerichts vorliegt. Wenn dieses über die Grenzen seiner gesetzlichen Ermächtigung hinausgegangen, das verfügende Gericht mangelhaft besetzt gewesen ist oder dergl., so würden seine Entscheidungen auch ohne Wiederaufhebung unbeachtlich sein.[10])

Die Voraussetzung des § 1666 für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes. Diese Gefährdung kann darin liegen, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachläßigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht. So kann z. B. — das interessiert uns für unsere Arbeit ganz besonders — eine Gefährdung des Kindes oder ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt darin liegen, daß der Vater ein Kind herausverlangt, welches wegen jugendlichen Alters oder Krankheit mütterlicher oder fremder Pflege bedarf.

Das Vormundschaftsgericht entscheidet nach freiem Ermessen, welche Mittel im einzelnen Falle zur Abwendung der Gefahr anzuwenden sind. So kann, das erwähnt § 1666 ganz besonders, das Vormundschaftsgericht „anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie . . . untergebracht wird." Es ist also befugt, wenn eine solche Maßregel unter den obwaltenden Umständen „erforderlich" erscheint, dem Vater die elterliche Gewalt überhaupt oder nur einzelne Gewaltrechte, so z. B. das Aufenthaltsbestimmungsrecht und damit den Herausgabeanspruch, zu entziehen und diese Rechte entweder selbst auszuüben oder einem Dritten zu übertragen. Dieser Dritte kann natürlich auch die von dem Vater des Kindes getrennt lebende Mutter sein.

Folgendes ist noch wichtig festzustellen:

Maßgebend für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist nicht a l l e i n das Interesse des Kindes. Das Vormundschaftsgericht kann nicht ohne weiteres das Kind der Mutter zusprechen, weil es dort in besserer Hut sei als beim

Vater. Mit Recht betont das Kammergericht in einer Entscheidung,[11]) daß der Vormundschaftsrichter sich eines Gesetzesverstoßes schuldig mache, wenn er lediglich seine Maßnahmen nach dem Interesse des Kindes treffe, ohne zu prüfen, ob auch die Voraussetzungen des § 1666 in der Person des Vaters gegeben sind.

Diese Beschränkung in der Zuständigkeit, der wir das Vormundschaftsgericht in richtiger und zweckentsprechender enger Auslegung des Gesetzes unterwerfen müssen, verbietet auch eine analoge Anwendung des § 1636 BGB. bei der Regelung des Verkehrs getrennt lebender Ehegatten mit ihren Kindern. § 1636 bestimmt, daß der — geschiedene — Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, die Befugnis behält, mit dem Kinde persönlich zu verkehren und daß das Vormundschaftsgericht diesen Verkehr näher regeln kann. Aus der äußeren Anlage des § 1636 ergibt sich schon, daß er kein selbständiges allgemeines Recht des Vormundschaftsgerichts begründet, den Verkehr zwischen Eltern und Kindern zu regeln, sondern nur seine sachliche Zuständigkeit, wenn die Voraussetzungen des § 1635, also vor allem eine Scheidung der Ehe, vorliegen. Im übrigen können die Vorschriften über das Eltern- und Kindesrecht nach Scheidung der Ehe zu einer analogen Anwendung auf den Zustand der nur tatsächlichen Trennung aus rechtpolitischen Gründen niemals herangezogen werden. Wir werden uns mit dieser Frage noch im Zusammenhang mit den Einreden der Frau gegen den Herausgabeanspruch des Ehemannes auseinanderzusetzen haben.

Das Ergebnis ist folgendes:

Ordnet das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 den Aufenthalt des Kindes bei der Mutter an oder überträgt es dieser die ganze Personensorge oder elterliche Gewalt, so erlangt die Mutter damit ein eigenes Recht auf das Kind. Befindet sich das Kind noch im Machtbereich des Vaters, so kann die Frau von ihrem Ehemann auf Grund des § 1632 die Herausgabe des Kindes verlangen. Eine Vorenthaltung des Kindes durch den Vater ist in diesem Falle widerrechtlich, weil sie nicht mehr durch das Aufenthaltbestimmungsrecht des Vaters gedeckt ist. Ist das Kind schon im Machtbereich der Mutter, so kann der Vater es nicht herausverlangen, da das der Mutter durch das

Vormundschaftsgericht übertragene eigene Recht auf das Kind die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung ausschließt.

§ 5. Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts.

Dieselbe Wirkung auf den Herausgabeanspruch des Vaters wie ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts hat eine vom Prozeßgericht erlassene einstweilige Verfügung.

Das Prozeßgericht kann — etwa während eines Scheidungsprozesses — auf Antrag einer Partei durch eine einstweilige Verfügung bezüglich der Sorge für die Person der Kinder vorläufige Anordnungen treffen. (Vergl. § 627 ZPO.) Die dem Vormundschaftsgericht zustehenden Befugnisse werden jedoch in keiner Weise dadurch berührt.[12])

Einstweilige Verfügungen können erlassen werden auf Grund des § 935 und des § 940 ZPO. Während die eine Art mehr der Sicherung einer künftigen individuellen Leistung dient, handelt es sich bei der anderen vor allem um die Wahrung des Rechtsfriedens. Die unterscheidenden Merkmale lassen sich nicht scharf voneinander abgrenzen.[13]) Eine einstweilige Verfügung, die die vorläufige Herausgabe des Kindes z. B. an die getrennt lebende Mutter anordnet, oder dem Vater das Recht nimmt, das Kind von der Mutter herauszuverlangen, kann sowohl der einen wie der anderen Gruppe angehören. So ist ein Eingreifen des Prozeßgerichts in der bezeichneten Art und Weise denkbar, wenn zu besorgen ist, daß der Vater eine künftige Neuregelung des Gewaltrechtes, ein zu erwartendes Einschreiten des Vormundschaftsgerichts durch Verschleppung des Kindes ins Ausland oder ähnliche Maßnahmen vereiteln würde. Da eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts bis zu einer endgültigen Regelung durch das Vormundschaftsgericht der getrennt lebenden Ehefrau dasselbe Recht verleihen kann, wie ein Beschluß der Vormundschaftsbehörde, ein Recht, das sie als Herausgabeanspruch oder als Einrede geltend machen kann, haben wir hier einen zweiten Fall, in dem das Vorrecht des Vaters auf die Kinder zugunsten der Mutter ausgeschlossen werden kann.

Die beiden eben gezeigten Wege, auf denen die getrennt lebende Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann ein eigenes Recht auf Herausgabe bezw. Vorenthaltung der Kinder erlangen kann, werden der Frau erst eröffnet durch einen Rechtsakt staatlicher Organe. Oft wird sich die Frau jedoch scheuen, die

staatliche Gewalt in Anspruch zu nehmen, nicht nur ihret-, sondern auch der Kinder wegen, besonders um unnötiges Aufsehen zu vermeiden. Wir werden deshalb zu erwägen haben, ob ihr nicht andere Mittel zu Gebote stehen, dem Herausgabeverlangen des Mannes wirksam zu begegnen oder einen Herausgabeanspruch gegen ihren Mann zu erlangen.

§ 6. Die Schikaneeinrede.

Eine der häufigsten Einreden gegen den Herausgabeanspruch des Vaters aus § 1632 BGB. ist in der Praxis die der schikanösen Rechtsausübung.

§ 226 BGB. sagt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen."

Das Reichsgericht hat sich mit Recht mehrfach dahin ausgesprochen,[14]) daß die Vorschrift des § 226 BGB. nicht nur auf dem Gebiete des Vermögensrechtes, sondern auch für das Familienrecht Geltung hat. Dies ist auch die Ansicht der durchaus herrschenden Lehre.[15]) Auf einem abweichenden Standpunkt steht Danziger.[16]) Er hält die Anwendung des § 226 auf den Herausgabeanspruch deshalb für ausgeschlossen, „weil es dem Wesen der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse widersprechen würde, in eine Untersuchung darüber einzutreten, ob die von dem Vater ergriffene Maßregel zweckmäßig oder unzweckmäßig ist, ob sie gar keinen oder gar nur den Zweck hat, den anderen Teil zu schädigen."

Daß diese Begründung nicht stichhaltig ist, geht schon daraus hervor, daß das Vormundschaftsgericht gerade dazu berufen ist, die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs unter dem Gesichtspunkte des Rechtsmißbrauchs nachzuprüfen. Der Herausgabeanspruch ist also k e i n Recht, das „durch den Tatbestand, an den es geknüpft ist, soweit gerechtfertigt wird, daß es nicht angeht, eine Erörterung darüber zuzulassen, ob der Ausübung nicht Schikane zugrunde liegt."

Die Zulässigkeit der Schikaneeinrede ist nicht zu bezweifeln. Die getrennt lebende Ehefrau kann daher, wenn die Voraussetzungen des § 226 BGB. vorliegen, dem Ehemann gegenüber die Herausgabe der Kinder verweigern.

Allerdings wird mit der Anwendbarkeit des § 226 nicht viel gewonnen. In der Praxis ist er für unsere Fälle fast bedeutungslos. Der Nachweis, daß das Herausgabeverlangen des

Vaters nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, wird fast niemals zu erbringen sein. Es genügt ja nicht, daß der Vater mit dem Hintergedanken handelt, seine Frau zu kränken, sondern es muß im gegebenen Falle gar kein vernünftiger Beweggrund vorliegen können, als dem anderen materiellen oder ideellen Schaden zu bereiten.

Zu beachten bleibt ferner, daß die Ehefrau auf Grund des § 226 BGB die Kinder dem Vater wohl vorenthalten, aber wenn sie sich noch beim Vater befinden, nicht von ihm herausverlangen kann. Sie schafft sich also immer eine stärkere Rechtsposition, wenn sie beim Verlassen der ehelichen Wohnung die Kinder mit sich fortnimmt. Dieses Ergebnis ist nicht unbedenklich, jedoch juristisch unangreifbar.

§ 7. Die Einrede der Verjährung.

Daß die Einrede der Verjährung gegen den Herausgabeanspruch des Vaters aus § 1632 unzulässig ist, ergibt sich aus der bereits gekennzeichneten Natur dieses Anspruches. So bestimmt auch § 194 II BGB. ausdrücklich:

> „Der Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegt der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist."

Die Einrede der Verjährung kann daher die getrennt lebende Ehefrau dem Herausgabeanspruch des Mannes nicht entgegensetzen.

§ 8. Verbotene Eigenmacht.

Ebensowenig kann die getrennt lebende Ehefrau Ansprüche aus verbotener Eigenmacht herleiten, etwa für den Fall, daß der Mann das von der Mutter mitgenommene Kind wieder in seinen Machtbereich zurückschafft. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Besitzschutz finden nur auf Sachen im Sinne des § 90 BGB. Anwendung. Darunter fällt aber nicht der Körper eines lebenden Menschen. — Auch einer analogen Anwendung der Besitzschutzbestimmungen ist der Herausgabeanspruch wegen seiner rechtlichen Eigenart nicht zugänglich.

§ 9. Das Rückbehaltungsrecht.

Aehnliche Gesichtspunkte sind maßgebend für die Beurteilung der Einrede der Zurückbehaltung gemäß § 273 II BGB.

Die Vorschriften des Rückbehaltungsrechts fallen in das Gebiet des Vermögensrechts und kommen daher für rein familienrechtliche Ansprüche nicht in Betracht. Eine Erstattungsforderung kann schon deshalb nicht dem Herausgabeanspruch entgegengehalten werden, weil dieser nicht dem Schuldrecht angehört, es also immer an der Identität des rechtlichen, bezw. wirtschaftlichen Grundes fehlen würde. Außerdem kann das herausverlangte Kind, wenn auch der Herausgabeanspruch des § 1632 sachenrechtlich geprägt ist, nicht als „Gegenstand" im Sinne des § 273 II BGB. angesehen werden.

Fordert also der Vater von seiner getrennt lebenden Ehefrau das Kind heraus, so kann diese die Herausgabe nicht deshalb verweigern, weil ihr gegen ihren Ehemann fällige Ersatzansprüche für verauslagte Unterhaltungskosten oder sonstige Aufwendungen zustehen. — Die Geltendmachung dieser Ansprüche auf anderem Wege bleibt natürlich unberührt.

§ 10. Die Mißbrauchseinreden.

Größere Bedeutung hat die Frage erlangt, ob dem Anspruch des § 1632 BGB. die Einrede des Rechtsmißbrauchs entgegengesetzt werden kann. Wir haben hierbei zu unterscheiden zwischen dem Mißbrauch der ehemännlichen und dem der elterlichen Gewalt.

1. Der Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt.

In Wissenschaft und Praxis herrschen sehr geteilte Ansichten darüber, ob die Ehefrau gegenüber einer Klage ihres Ehemannes auf Herausgabe der Kinder eine Einrede aus § 1354 II BGB. erheben kann, ob sie also geltend machen kann, sein Verlangen stelle einen Mißbrauch seines ehemännlichen Entscheidungsrechtes dar.

In § 1354 BGB. ist gesagt, daß dem Manne die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht, daß aber die Frau nicht verpflichtet ist, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn die Entscheidung einen Mißbrauch seines Rechtes bedeutet.

Aus dieser Vorschrift wollen viele,[17]) so vor allem das Reichsgericht,[18]) eine Einrede und sogar einen Herausgabeanspruch der Ehefrau gegen ihren Ehemann herleiten.

Während das Reichsgericht in seinen früheren Entscheidungen[19]) noch unklar und schwankend war, hat es sich jetzt[20]) mehrfach etwa in folgendem Sinne ausgesprochen:

Wenn eine Ehefrau mit ihrem Kinde ihren Ehemann verlassen habe und mit Recht (§ 1353 Abs. II BGB) die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigere, so könne sie „unter Umständen" der Herausgabeklage des Mannes als Einwand entgegenhalten, „daß die Entscheidung des Mannes als Mißbrauch sich darstelle, die Frau daher . . . nicht widerrechtlich handele (§ 1632), wenn sie unter Nichtbeachtung der Entscheidung des Mannes diesem das Kind vorenthalte." Aus dem Rechte zum Getrenntleben allein erwachse der Frau nicht ein Recht auf das Kind, sondern nur, wenn in dem Herausgabeverlangen eine Verletzung des Rechtes der Frau läge (§ 1354 Abs. II BGB.).

Das Reichsgericht und diejenigen, die seine Ansicht teilen, gehen im wesentlichen davon aus, daß die Erziehung der Kinder Recht und Pflicht beider Eltern und damit auch eine das gemeinsame eheliche Leben betreffende Angelegenheit sei. Deshalb könne auch in den Fragen der Sorge für die Person der Kinder eine Entscheidung des Mannes nur dann für die Frau verbindlich sein, wenn der Mann damit nicht sein ehemännliches Recht mißbrauche. Eine Entscheidung des Mannes z. B., die die Frau von der Erziehung der Kinder ausschlösse, oder eine Maßnahme, die der Vater träfe, nicht um für das Kind zu sorgen, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Mutter auszuüben,[21]) stelle sich als Mißbrauch seiner ehemännlichen Stellung dar. Die Frau könne daher unter solchen Umständen dem Herausgabebegehren des Mannes eine Einrede aus § 1354 Abs. II BGB. entgegensetzen, ja sogar unter denselben Voraussetzungen einen selbständigen Anspruch gegen den Mann auf Herausgabe der Kinder erlangen. — Die neueren Entscheidungen des Reichsgerichts lassen es dahingestellt, ob stets die Vorschrift des § 1354 Abs. II BGB. zur Begründung der Mißbrauchseinrede herangezogen werden müsse, oder ob sich diese nicht schon aus dem allgemeinen familienrechtlichen Grundsatze ergebe, daß „die gebührende Rücksichtnahme auf die Interessen der Ehefrau in Ansehung des Kindes" der Gewalt des Vaters Schranken setze.

Einen ähnlichen Gedanken bringt Dernburg,[22]) wenn er sagt, daß der Grundsatz des § 1354 II ein allgemeiner, im Wesen des ehelichen Verhältnisses begründeter, also auch bezüglich der Sorge für die Person des Kindes anwendbarer sei.

Wieder einen anderen Weg geht P l a n c k ,[23]) um zu dem-

selben Ziele zu gelangen, wie das Reichsgericht. Er führt folgendes aus:

Wenn der Vater das Recht der Mutter, an der Sorge für die Person des Kindes teilzunehmen, beeinträchtigt oder ihr gar dieses Recht oder den persönlichen Verkehr mit dem Kinde entzieht, werden in vielen Fällen die Voraussetzungen des § 1666 BGB. gegeben sein. In diesem Falle hat das Vormundschaftsgericht dafür zu sorgen, daß der Mutter die Anteilnahme an der Sorge für die Person des Kindes ermöglicht und gewährleistet wird.

Durch den § 1666 werden aber nicht alle Fälle erfaßt. Nun ist aber, führt Planck weiter aus, die Erziehung der Kinder eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit; daher ist anzunehmen, daß die Mutter gegen den Vater im gegebenen Falle einen klagbaren Anspruch hat, ihr die ihr im § 1634 gestattete Anteilnahme an der Personensorge nicht zu verkümmern.

Das Ausgeführte ist auch für die Frage von Bedeutung, ob die Frau verpflichtet ist, dem Anspruche des Mannes auf Herausgabe der Kinder Folge zu leisten, wenn sich die Geltendmachung des Anspruchs als unzulässige Beschränkung des der Frau nach § 1634 zustehenden Rechtes darstellt. Die Verpflichtung der Frau wird nach dem Gesagten zu verneinen sein. Beispiele bieten die Fälle, in denen die getrennt lebende Frau gemäß § 1353 BGB. nicht verpflichtet ist, in das Haus des Mannes zurückzukehren. Verlangt der Mann unter diesen Umständen die Herausgabe des Kindes, will er also die Anteilnahme der Frau an der Sorge für das Kind nur in seinem Hause dulden, so verkümmert er ihr Recht, da ihr nicht zugemutet werden kann, unter diesen Umständen die Sorge für das Kind auszuüben.

Die oben dargelegten Ansichten über die Zulässigkeit der Mißbrauchseinrede aus dem Rechte der Ehefrau sind abzulehnen, und zwar aus grundsätzlichen Gründen.

Gewiß ist es richtig, wie das Reichsgericht immer wieder betonen zu müssen glaubt, daß das Verhältnis der Ehegatten zueinander auf ihre Stellung zu den Kindern von großem Einflusse ist. Das berechtigt aber nicht zu den Schlußfolgerungen, die die Vertreter der Gegenansicht daraus ziehen.

„Das gemeinsame eheliche Leben betreffend“ in § 1354 heißt: das Verhältnis der Ehegatten untereinander betreffend.

Wenn auch die Erziehung der Kinder beiden Ehegatten obliegt und die eheliche Gemeinschaft die Grundlage der Elterngemeinschaft ist, so muß doch zwischen dem Verhältnis der Ehegatten zueinander und dem zwischen den Eltern und den Kindern scharf unterschieden werden. Hier liegen zwei völlig verschiedene Rechts- und Pflichtenkreise vor, die auch vom Gesetz mit gutem Grund ganz verschieden behandelt und begrifflich streng auseinandergehalten werden — wir brauchen nur an die Unterschiede bezüglich des staatlichen Aufsichts- und Eingriffsrechtes zu denken. —

Das Gesetz hat die Frage des Mißbrauchs sowohl für das Eherecht als für das Elternrecht berücksichtigt, dort in den §§ 1353, 1354, hier in § 1666 BGB. — dort Verweigerungsrecht der Ehefrau, hier Anrufung des Vormundschaftsgerichts. Es bringt damit zum Ausdruck, daß der Ehemann seiner elterlichen Gewalt und seines Vorrechts gegenüber der Ehefrau in der Personensorge nur dann verlustig gehen soll, wenn die Voraussetzungen des § 1666, d. h. ein Mißbrauch gegenüber dem K i n d e, vorliegt. Andere Möglichkeiten sind dadurch ausgeschlossen.

Es ist gegen diese Auffassung verschiedentlich eingewandt worden,[24]) daß sich das Verhältnis der Ehegatten von dem der Eltern zu den Kindern niemals ganz trennen lasse. Das eheliche Gemeinschaftsleben sei so innig mit den Beziehungen der Eltern zu den Kindern verknüpft, daß in einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt g l e i c h z e i t i g ein Mißbrauch der ehemännlichen Rechte liegen, die Gefährung des Kindes also zugleich eine Verletzung der Frau bedeuten könne. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Verhältnis der Eltern zu dem Kinde, das Recht und die Pflicht der Eltern zur Personenfrage d e m W e s e n n a c h grundverschieden ist von dem Verhältnis der Ehegatten untereinander. Das ist der maßgebende Gesichtspunkt. Das elterliche Gewaltverhältnis und somit auch der Herausgabeanspruch sind selbständig und nicht aus den gegenseitigen Pflichten der Ehegatten abgeleitet.[25]) Wir sind nicht berechtigt, durch juristische Konstruktionen Dinge miteinander zu verquicken, die wesensungleich, wenn auch nicht ohne Beziehungen zueinander sind, und die das Gesetz aus noch darzulegenden Gründen deutlich auseinandergehalten wissen will.

So ist auch der Hinweis auf den sogenannten familienrechtlichen Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme nicht zu

billigen. Er ist nur geeignet, die unterscheidenden Merkmale zu verwischen und die Klarheit der Begriffe zu zerstören.

Es folgt aus der von uns dargelegten Auffassung nicht, daß die Mutter gegenüber einem willkürlichen Verhalten ihres Ehemannes schutzlos gelassen werden soll. Freilich kann sie auf Grund einer Verletzung i h r e r Rechte als Ehefrau und Mutter allein ein Vorgehen des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 BGB. nicht erreichen. Die Mutterliebe muß eben hinter dem Wohle des Kindes zurückstehen. — Die gesetzgeberische Absicht hier ist wohl begründet:

Das Gesetz will gerade in den Fragen der Kindererziehung klare Rechtsverhältnisse schaffen. Jeder Wechsel der Gewalthaber muß nach Möglichkeit vermieden werden; denn es ist immer schädlich für die Entwicklung eines jungen Menschenkindes, wenn es fortwährend umhergestoßen und immer wieder anderen Personen zur Erziehung anvertraut wird. Deshalb soll das Kind, wenn gegen die Erziehungstätigkeit des Vaters nichts einzuwenden ist, möglichst in dessen Haushalt verbleiben. Will die Mutter ihr Kind bei sich haben, ohne zu ihrem Ehemann zurückkehren zu müssen, so mag sie sich scheiden lassen, wenn sie glaubt, dann das Kind gemäß § 1635 zugesprochen zu bekommen. — Ist sie unschuldig an dem Zusammenbruch der Ehe, so wird ihr regelmäßig die Sorge für die Person der Kinder übertragen werden. Während des Bestehens der Ehe jedoch — selbst bei berechtigtem Getrenntleben — kann die Frau außer im Falle des § 1666 nicht verlangen, daß die Erziehung der Kinder dem Manne entzogen und ihr anvertraut wird. Wenn dieses Ergebnis im einzelnen Falle auch eine Härte bedeuten mag, so ist doch eine andere Lösung nicht zu billigen. Das Gesetz kennt eben den Zustand des Getrenntlebens nur als Uebergangsstadium während der Ehescheidung. Es muß daher einen gewissen Druck auf die Ehegatten ausüben, entweder auf Scheidung zu klagen oder das eheliche Gemeinschaftsleben. zu dem die Ehegatten einander nach dem Gesetz verpflichtet sind, wieder aufzunehmen. Auch im Interesse des Kindes ist mehr an einer Beendigung des elterlichen Streites durch Scheidung der Ehe als an der Aufrechterhaltung einer zerrütteten Ehe gelegen. Deshalb muß das Gesetz konsequent sein und darf der Frau, wenn sie sich von ihrem Manne getrennt hat, nicht mehr Recht auf die Kinder zusprechen, als sie vor der Trennung gehabt hat. Anders würden wir der Frau geradezu eine Belohnung für das

Getrenntleben aussetzen und so dem vernünftigen erzieherischen Zweck des Gesetzes widerstreiten.

Auf eines muß noch gegenüber der Ansicht des Reichsgerichtes und Plancks besonders hingewiesen werden:

Es kann bei der Beurteilung des Herausgabeanspruches keine Rolle spielen und darf deshalb im Prozeß gar nicht erst geprüft werden, ob die Frau, die ihren Ehemann verlassen hat, zum Getrenntleben berechtigt ist oder nicht.[26]) Selbst wenn festgestellt wird, daß die Frau einen gesetzlich anerkannten Grund zum Getrenntleben hat, ist es doch möglich, daß auch in der Person der Frau ein Ehescheidungsgrund gegeben ist. Schon deshalb muß die Frage, wer die Schuld an dem Zerwürfnis und der Trennung der beiden Ehegatten trägt, gänzlich ausgeschaltet werden.

Wir kommen demnach, um es noch einmal in einem Satze zusammenzufassen, zu folgendem Ergebnis:

Die getrenntlebende Ehefrau kann, selbst wenn sie einen Grund zum Getrenntleben hat, aus einem Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt ihres Ehegatten weder einen Herausgabeanspruch noch ein Recht auf Vorenthaltung der Kinder herleiten.

2. Der Mißbrauch der elterlichen Gewalt.

Die Frage, ob die Frau aus dem Interesse des Kindes oder wegen Mißbrauches der elterlichen Gewalt durch den Vater den Herausgabeanspruch des Mannes eine Einrede entgegensetzen oder die Herausgabe des Kindes verlangen kann, ist zu verneinen.[27])

Die Begründung hierfür ergibt sich aus der Bedeutung des bereits besprochenen § 1666 und der Stellung, die das Gesetz dem Vormundschaftsgericht gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt eingeräumt hat. In § 1666 heißt es:

> „Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht . . . , so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen."

Damit ist deutlich ausgesprochen, daß in den Fällen, in denen der Vater sein Sorgerecht mißbraucht, nur das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berechtigt und verpflichtet ist. Das Prozeßgericht ist weder befugt, die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung sachlich nachzuprüfen, noch kann es

selbst die Frage entscheiden, ob ein Mißbrauch vorliegt oder nicht. Warum diese Fragen der prozeßrichterlichen Zuständigkeit entzogen sind, ist bereits in einem früheren Abschnitt auseinandergesetzt worden.

Die dargelegte Ansicht wird auch von der durchaus herrschenden Lehre, insbesondere vom Reichsgericht in ständiger Rechtssprechung,[28]) vertreten. Das Reichsgericht betont mehrfach, daß ein Einwand des Rechtsmißbrauchs nicht auf Gründe gestützt werden könne, die dem Gebiete der Fürsorge für die Person des Kindes angehören; derartige Gründe seien vielmehr ausschließlich vom Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 zu berücksichtigen.

Allerdings macht das Reichsgericht[29]) eine Einschränkung für den Fall, daß die Herausgabeklage zwischen den beiden Elternteilen schwebt. Es sagt, daß dem Manne gemäß § 1634 der Herausgabeanspruch auch gegen seine Frau zustehe. Die Frau dürfe aber die Herausgabe dann verweigern, wenn sich das Verlangen des Vaters mit wirklicher Fürsorge für das Kind nicht vereinbaren ließe. Denn dann handele er gar nicht in Ausübung der Sorgegewalt, könne also in diesem Falle das Vorrecht des § 1634, das nur für die Personensorge gelte, nicht für sich in Anspruch nehmen.

Diese Ansicht des Reichsgerichts dürfte schon durch den Hinweis darauf, daß § 1634 gerade eine solche Einrede der Frau ausschließt — die Frage des Mißbrauchs regelt § 1666 ausschließlich —, und durch die näheren Ausführungen über die Bedeutung des § 1634 in § 2 unserer Arbeit als widerlegt gelten.

Es kann also keinen Unterschied machen, ob der Vater sein Kind von einem Dritten oder von seiner getrennt lebenden Ehefrau herausverlangt. Auch die Mutter kann den Einwand des Mißbrauchs der elterlichen Gewalt durch den Vater nicht geltend machen, selbst dann nicht, wenn sie einen rechtlich anerkannten Grund zum Getrenntleben hat. Glaubt sie das Wohl der Kinder durch ihren Aufenthalt beim Vater gefährdet, so steht ihr frei, sich mit einem entsprechenden Antrag an das Vormundschaftsgericht zu wenden. Ein anderer Weg bleibt ihr nicht.

Von den Gegnern unserer Ansicht wird vielfach auch folgendermaßen argumentiert:

Jeder Mißbrauch der elterlichen Gewalt sei eine Ueberschreitung des Gewaltrechts, da das Wohl des Kindes der elter-

lichen Gewalt Schranken setze. Daher sei auch jede Entscheidung des Gewalthabers, die nicht dem Wohle des Kindes förderlich sei, eine Ueberschreitung der Gewalt und deshalb unverbindlich. So sei das Herausgabebegehren des Vaters, bezw. seine Weigerung, das Kind herauszugeben, nur dann berechtigt, wenn das Wohl des Kindes dessen Erziehung beim Vater verlange.

Das ist eine Verdrehung der ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, die durch nichts gerechtfertigt ist. Das Gesetz sagt nicht, daß jede Entscheidung des Gewalthabers ungültig sei, wenn sie dem Wohle des Kindes nicht förderlich sei, sondern knüpft nur an eine mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Gewalt bestimmte Folgen. Das ist ein großer Unterschied, der nicht übersehen werden darf. Das Gesetz will eben, wie immer wieder betont werden muß, in den Fragen des Personensorgerechtes das ausschließliche Prüfungs- und Entscheidungsrecht dem Vormundschaftsgericht vorbehalten und diesem wiederum nur unter den Voraussetzungen des § 1666 einen Eingriff in das Leben der Familie gestatten. Auf keinen Fall darf einem Dritten, sei es auch die Mutter, das Recht gegeben werden, sich zum Richter über das Verhalten des Vaters zu machen.[30])

Aus alledem ergibt sich, daß die getrennt lebende Ehefrau aus dem Interesse des Kindes heraus oder wegen Mißbrauchs der elterlichen Gewalt dem Vater gegenüber die Herausgabe der Kinder nicht verweigern, viel weniger noch von ihm die Herausgabe verlangen kann.

§ 11. Vertragliche Vereinbarung.

Im Vergleich zu dem in den letzten Abschnitten Ausgeführten hat praktisch und theoretisch bei weitem die größte Bedeutung die Frage erlangt, welchen Einfluß Vereinbarungen zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und einem Dritten über die Erziehung und den Aufenthalt des Kindes auf den Herausgabeanspruch des § 1632 haben.

Häufig wird gegenüber der Klage auf Herausgabe der Kinder der Einwand geltend gemacht, daß die Vorenthaltung durch eine vertragliche Ueberlassung des Kindes gerechtfertigt sei. — Besonders häufig begegnen uns im Leben Vereinbarungen zwischen zwei Ehegatten, in denen sich diese bei ihrer Trennung über den Verbleib der Kinder auseinandersetzen. Hier werden

die Kinder dem Vater überlassen, dort der Mutter, dort wiederum werden sie verteilt, z. B. die Mädchen der Mutter, die Knaben dem Vater gegeben. Nicht selten wird auch mit einer solchen Vereinbarung gleichzeitig eine Vergütung in Geld oder einer sonstigen materiellen Gegenleistung abbedungen. — Mit solchen „Erziehungsverträgen" zwischen getrennt lebenden Ehegatten haben wir uns im Folgenden zu beschäftigen.

Der Grund für den Abschluß derartiger Vereinbarungen zwischen den Ehegatten liegt meist darin, daß man die Unerquicklichkeiten eines Scheidungsprozesses für die Beteiligten und die Kinder vermeiden, durch vertragliche Bindung betreffs der Kinder aber denselben rechtlichen und tatsächlichen Zustand schaffen will, wie er etwa bei Scheidung der Ehe durch Richterspruch herbeigeführt werden würde, oder wie er den Wünschen der Eltern am meisten entspricht.

Die Frage, die uns im Rahmen unserer Arbeit interessiert, ist die, ob solche Abreden gegenüber dem Anspruch des Vaters auf Herausgabe der Kinder von Bedeutung und Bestand sind. Erreichen die Parteien den mit der Vereinbarung beabsichtigten Zweck, das ursprüngliche freie und uneingeschränkte Rückforderungsrecht des einen zugunsten des anderen zu beschränken oder aufzuheben?

Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine besonderen Vorschriften über Personenrechtsverträge enthält, müssen wir zu ihrer Beurteilung auf die allgemeinen Lehen des Vertragsrechtes und die Grundsätze des Eltern- und Kindesrechtes zurückgehen.

Wenn uns in der Praxis eine Vereinbarung der gedachten Art begegnet, so könnte zunächst zweifelhaft sein, ob die Ueberlassung des Kindes an die Mutter überhaupt rechtsgeschäftlichen Charakter haben sollte oder nicht. Zuweilen mag sie nur als eine Gefälligkeitsabrede, ein bloßes „moralisches Versprechen"[31]) anzusehen sein, dem von vornherein eine bindende Wirkung nicht beizumessen wäre. In der Regel wird jedoch ein übereinstimmender rechtsgeschäftlicher Wille auf beiden Seiten vorgelegen haben. Das ergibt sich in den meisten Fällen schon aus den gleichzeitig getroffenen Nebenabreden materieller Art, z. B. über die Unterhaltskostenverteilung, mit denen zweifellos ein rechtsgeschäftlicher Erfolg beabsichtigt ist.

Ist eine Vereinbarung zwischen den Ehegatten als Vertrag im Rechtssinne anzusehen, so müssen wir dabei unterscheiden,

ob der Vater damit zugunsten der Mutter auf sein Recht zur Bestimmung des Aufenthalts des Kindes hat verzichten wollen, oder ob er das Kind nur der Mutter für längere oder kürzere Zeit hat überlassen wollen, ohne daß ein Verzicht beabsichtigt ist. Wir nehmen also eine Zweiteilung der Personensorgeverträge vor je nach der Uebertragung des Sorgerechts der Substanz oder der Ausübung nach. Damit folgen wir einer Unterscheidung, die in der Wissenschaft allgemein eingeführt ist und auch zum besseren Verständnis beiträgt. — Zu bemerken ist hierzu, daß die gewählte Ausdrucksweise „der Ausübung nach" nicht sehr geschickt ist; denn das Gesetz gebraucht das Wort „Ausübung" in Bezug auf die elterliche Gewalt in ganz anderem Sinne — z. B. in den §§ 1678 und 1685 BGB. —. Doch wollen wir es der Einfachheit und Uebersichtlichkeit halber bei der einmal gebräuchlichen Bezeichnung belassen.

1. Vertraglicher Verzicht auf ein Sorgerecht.

Sind Vereinbarungen zwischen den Ehegatten gültig, in denen der Ehemann auf das ihm als Vater zustehende Vorrecht in der Sorge für die Person der Kinder, bezw. im Aufenthaltsbestimmungsrecht, zugunsten der Mutter verzichtet?

Es gilt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in Wissenschaft und Praxis als durchaus feststehender Satz, daß weder auf die elterliche Gewalt noch auf einzelne ihr entspringende Befugnisse verzichtet werden kann. Während der Entwurf I noch in § 1561 vorsah: „Auf die elterliche Gewalt kann nicht verzichtet werden," findet sich im BGB. eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht. Einmal solle sich die Unverzichtbarkeit argumento e contrario aus § 1662 ergeben,[32]) wonach auf das Recht der Nutznießung verzichtet werden kann, obwohl es ebenfalls Bestandteil der elterlichen Gewalt ist. Vor allem aber meinte man, daß mit einer derartigen Gesetzesvorschrift eine Selbstverständlichkeit gesagt worden wäre. Auch die Motive betonen, daß der dargelegte Grundsatz das geltende Recht beherrsche, wenn er auch nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen sei. — Gegenschlüsse haben in der Regel wenig Beweiskraft; Analogieschlüsse liegen oft viel näher. So glaubt z. B. Köhne[33]) aus der Streichung des im Entwurfe enthaltenen Verbotes eines Verzichts schließen zu können, daß es nicht unzweifelhaft erscheine, ob dem die Herausgabe des Kindes fordernden Vater nicht von Dritten die Einrede vertrags-

mäßiger Ueberlassung des Kindes entgegengesetzt werden könne.

Eine befriedigende Begründung der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewaltrechte werden wir nur finden können, wenn wir auf die Sache selbst, das Wesen der Personensorge und ihre Stellung innerhalb unseres Rechtssystems zurückgehen.

Häufig wird die Ansicht vertreten, daß ein Verzichtsvertrag stets deshalb nichtig sei, weil er gegen die guten Sitten verstoße (§ 138 BGB.). Gewiß wird der Verzicht in vielen Fällen mit den guten Sitten unvereinbar sein, besonders dann, wenn aus der Ueberlassung des Kindes ein Geschäft gemacht wird. Es kommt nicht selten vor, daß sich selbst die Eltern untereinander eine Abfindung dafür gewähren lassen, daß sie das Kind dem anderen Teile überlassen, oder ein Entgelt dafür, daß sie dem anderen die Sorge für das Kind abnehmen. Solche Abmachungen verstoßen nicht nur im juristischen, sondern auch im allgemein-moralischen Sinne gegen die guten Sitten, weil sie eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzen, welche aus Gründen der Moral nicht in solche Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll.[34]) Nicht selten verpflichtet sich auch der eine der Ehegatten, die Schuld an der Scheidung auf sich zu nehmen, wenn der andere ihn dafür die Kinder überläßt. Ein solcher Vertrag, in dem sich ein Ehegatte das alleinige Sorgerecht durch unlautere Zugeständnisse erkaufen will, ist ebenfalls gemäß § 138 BGB. nichtig.

Oft aber sind die Verträge zwischen den Ehegatten gerade das Resultat und ein Zeugnis großer Selbstbeherrschung der Eltern, welche in Streit leben, aber dennoch sich zu einer ruhigen Ueberlegung und Beratung über das Wohl ihrer Kinder zwingen.[35]) Es ist daher nur bedingt richtig, daß, wie Endemann sagt, ein Verzicht gegen die sittlichen Grundsätze des Familienrechts verstoße.[36]) Die Heranziehung des § 138 trifft nicht den Kern der Sache, sondern nur eine gelegentliche Erscheinungsform.[37]) Der Grund für die Unverzichtbarkeit läßt sich in der Vorschrift des § 138 allein nicht finden, sondern muß unabhängig davon im Gesetz gesucht werden.

Andere[38]) folgern die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt daraus, daß neben dem Rechte des Vaters gegenüber dem Kinde eine „Pflicht dem Staate gegenüber", d. h. eine Pflicht öffentlich-rechtlichen Charakters, einhergehe. Dann ergäbe

sich allerdings die Unverzichtbarkeit schon aus dem Satze: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.[39])

Dieser Auffassung der elterlichen Gewalt ist jedoch nicht beizutreten; denn wenn sich auch der Staat aus Gründen öffentlichen Interesses am Leben der Familie eine besondere Mitwirkung gesichert hat, so besteht die elterliche Sorgepflicht unmittelbar dem Kinde gegenüber, nicht dem Staate. Auch kann darin, daß dem Kinde kein subjektives Recht auf Erfüllung der elterlichen Pflichten zustehe, ein Beweis für die öffentlich-rechtliche Natur der elterlichen Gewalt nicht gesehen werden; denn das ist keine vereinzelte Erscheinung im privaten Recht und kein Unterscheidungsmerkmal. Eine Vermutung für den privatrechtlichen Charakter der elterlichen Gewalt spricht außerdem aus ihrer Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch, aus dem die Redaktoren sorgfältig alle dem öffentlichen Recht angehörenden Sätze zu entfernen versucht haben.

Die Berufung auf eine öffentlich-rechtliche Seite der elterlichen Gewalt vermag uns daher eine hinreichende Erklärung ihrer Unverzichtbarkeit nicht zu geben.

Auch der Hinweis Windscheid's[40]), daß die elterliche Gewalt ein höchstpersönliches Recht sei, schafft keine Klarheit; denn der Begriff des „Höchstpersönlichen" ist kein feststehender, und mit der eigenen Definition: „höchstpersönlich = von der Person unzertrennlich" läßt sich nichts beweisen. Unter einem höchstpersönlichen Recht kann man auch ein Recht verstehen — und das geschieht auch vielfach —, welches nur persönlich ausgeübt werden kann. Warum die elterliche Gewalt höchstpersönlich ist, das ist die Frage.

Einen anderen Gedanken bringt André in seiner Schrift „Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder".[41]) André stützt sich außer auf § 138 auf § 306 BGB., wonach ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Damit ist allerdings noch nicht viel gewonnen; denn nach § 306 ist nur das Verpflichtungsgeschäft nichtig; auf welcher Rechtsregel es beruht, daß der Verzicht auf das elterliche Gewaltrecht, die Verfügung, etwas „rechtlich Unmögliches" ist, das bedarf der Untersuchung. Die Antwort auf diese Frage bleibt uns André nicht schuldig, wenn sie auch noch einer Ergänzung bedarf:

Wir haben die elterliche Gewalt gekennzeichnet als eine Summe von Persönlichkeitsbeziehungen natürlicher und sitt-

licher Art. Wenn auch die Rechtsordnung aus dem Verhältnis zwsichen Eltern und Kindern die wichtigsten Beziehungen als Rechtsverhältnisse gestaltet hat, so ist doch der Inhalt der elterlichen Gewalt selbst kein „Haben" sondern ein „Sein", kein Recht, sondern ein Zustand, der nur ganz ausnahmsweise[42]) aufgelöst oder verändert werden kann. Man hat nicht die elterliche Gewalt „als ein nach Art der Privatrechte von der Person in beliebigem Umfange lösbares Recht, sondern man ist Vater.[43]) Die elterliche Gewalt ist, wie André sagt, eine Gewalt von Gottes Gnaden.[44]) Das Recht braucht diese Gewalt nicht zu schaffen und den Eltern zu geben. Es hat nur die Aufgabe, die Rechte und Pflichten der Eltern, wie sie sich aus der sittlichen Auffassung unseres Volkes ergeben, festzustellen und zu umgrenzen. An die Stellung als Inhaber der elterlichen Gewalt knüpfen sich nun eine ganze Reihe von Rechten und Pflichten, die sich einander entsprechen[45]) und in untrennbarer Verbindung stehen. Diese Einheit von Recht und Pflicht läßt sich begründen einmal durch begriffliche Erwägungen:

Für Umfang und Grenzen der elterlichen Gewalt ist nicht das eigennützige Interesse ihres Inhabers maßgebend, sondern das Wohl des Kindes und die Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft, dem Staate, der in seiner Verfassung die Erziehung als oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern bezeichnet. Das Recht am Kinde ist aber Vorbedingung für die Wahrnehmung der Pflicht gegenüber dem Kinde. Darum kann weder auf das eine noch auf das andere verzichtet werden.

Eine weitere Rechtfertigung der Unteilbarkeit und Unverzichtbarkeit von Recht und Pflicht in der elterlichen Gewalt liegt in rechtspolitischen Gedanken, die in mannigfachen Bestimmungen unseres Gesetzes zum Ausdruck gekommen sind: Es ist ein Erfordernis unseres Gemeinschaftlebens, daß dauernde Klarheit darüber herrscht, wem die Sorge für die Person der Kinder zukommt, und daß der vom Gesetz dazu Berufene seinen Aufgabenkreis nicht willkürlich verändern, beschränken oder aufheben darf. Es muß von Staats wegen dafür gesorgt sein, daß an der entscheidenden Stellung des Gewalthabers kein willkürlicher Wechsel stattfinden kann, vielleicht mit dem Ergebnis, daß die Beteiligten selbst den Stand der Rechtslage nicht mehr kennen.[46])

Durch diese Grundsätze der „Evidenz" und „Stabilität" und durch ihren Pflichtgehalt ist das Wesen der elterlichen Gewalt

im heitigen Recht bestimmt als etwas Unteilbares, Unübertragbares und Unverzichtbares.

Gegen unsere Ansicht von der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt wendet sich Knitschky[47]) mit folgender Begründung:

Daß die Unverzichtbarkeit nicht als Grundsatz unseres Familienrechtes gelten könne, dafür spreche die Möglichkeit der Annahme von Kindern, deren Eltern noch leben, an Kindesstatt. Sonst hätte man die Adoption nur bei Waisen zulassen dürfen.

Hiergegen ist zu sagen, daß der Adoption nicht ein Vertrag zwischen den Eltern des Kindes und dem Annehmenden, sondern zwischen diesem und dem Kinde zugrunde liegt (§ 1741 BGBG.). Freilich müssen die Eltern ihre Einwilligung zur Adoption geben (§ 1747); aber sie haben es doch nicht allein in der Hand, ihre Gewalt zu beenden. Wenn auch die Adoption ohne diese Einwilligung nicht vollzogen werden kann, so enthält die Einwilligung dennoch keinen Verzicht auf die elterliche Gewalt. Das Einwilligungsrecht entspringt gar nicht aus der elterlichen Gewalt, was schon daraus hervorgeht, daß sie auch dann erforderlich ist, wenn die Eltern die Gewalt nicht mehr besitzen.[48]) Blume nennt dieses Einwilligungsrecht der Eltern ein „eigennütziges Elternrecht", d. h. ein Recht, das den Eltern nur zu ihrem eigenen Wohle zusteht und daher auch keine Pflichten mit sich bringt.

Es ergibt sich daraus, daß die Adoption mit einem vertragsmäßigen Verzicht der Eltern auf das Gewaltrecht nichts zu tun hat, daß also der Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt durch die Vorschriften über die Adoption nicht durchbrochen wird.

Ebenso wenig kann eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Adoption, um einen Verzicht auf die elterliche Gewalt durch Vertrag zu ermöglichen, zugelassen werden. Das Gesetz gestattet bei der Annahme an Kindesstatt nur ausnahmsweise eine Befreiuung von Elternrecht und Elternpflicht, und zwar unter ganz bestimmten strengen Bedingungen und Formen. Dadurch kommt zum Ausdruck, daß in anderen Fällen eine Uebertragung der elterlichen Gewalt auf eine andere Person, also auch eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Adoption nicht angängig sein soll.

Es bleibt daher bei unserem Ergebnis, daß auf die elter-

liche Gewalt weder als Ganzes, noch in seinen Teilen, wirksam verzichtet werden kann. Auf die Personensorgeverträge angewendet heißt das: Ist ein Vertrag zwischen zwei Ehegatten so aufzufassen, daß der Vater zugunsten der Mutter auf seine ursprüngliche Zuständigkeit in der Aufenthaltsbestimmung verzichten will, so ist die Vereinbarung nichtig und kann von der Mutter nicht als Begründung eines Herausgabeanspruchs oder zum Nachweise der Rechtmäßigkeit ihrer Vorenthaltung geltend gemacht werden.

2. Die Uebertragung der Ausübung eines Sorgerechtes.

Es ist aber auch denkbar, daß in einer Vereinbarung über den Aufenthalt der Kinder kein Verzicht des Vaters liegen soll, sondern daß dieser nur die Ausübung eines elterlichen Rechtes der Mutter übertragen will. Dies wird sogar in den weitaus meisten Fällen, auch wenn es nicht besonders ausgesprochen ist, dem wahren Willen der Parteien entsprechen.

Wie bei Schuldrechten und bei Sachenrechten Innehabung und Betätigung von einander getrennt sein und selbständige rechtliche Bedeutung haben können, so ist auch für das Recht der Personensorge die Mitwirkung dritter Personen bei der Ausführung der väterlichen Anordnungen möglich, ja sogar unentbehrlich. Berufliche Tätigkeit, Krankheit und andere Umstände machen es den Eltern oft unmöglich, die Erziehung ihrer Kinder selbst zu leiten. Die Eltern müssen sich daher in solchen Fällen dritter Personen zur Erfüllung ihrer Elternpflicht bedienen. Selbst wenn dem Dritten eine selbständigere Stellung als die als eines Vollzugsorgans eingeräumt wird, muß man seine Hinzuziehung für rechtlich zulässig erachten, will man den Erfordernissen des Lebens Rechnung tragen. Hierher gehören z. B. Pensionsverträge, Lehrverträge und andere, bei denen der Inhaber der elterlichen Gewalt dem anderen sogar ein großes Maß von Freiheit über das Kind zuzugestehen pflegt. Die gemeine Meinung hat die Gültigkeit derartiger Verträge auch unbedenklich bejaht.[49])

Der „Dritte“ bei den Verträgen der dargelegten Art kann selbstverständlich auch die von dem Vater getrennt lebende Mutter sein. Ob dies für den Bestand eines solchen Vertrages von Bedeutung ist, werden wir noch zu prüfen haben. Zu beachten bleibt, daß der Dritte auf Grund des Vertrages niemals eine familienrechtliche, sondern nur eine von dem Vater abgeleitete Herrschaftsstellung erlangen kann, und daraus entspringt

die für unsern Fall entscheidende Frage, wie sich der Herausgabeanspruch des Vaters zu solchen Verträgen verhält. Kann der Vater, ohne durch sie gebunden zu sein, jederzeit sein Kind von dem Dritten herausverlangen, bleibt also dem Vater trotz der von uns anerkannten Gültigkeit der Verträge ein freies Widerrufsrecht, oder erhält der Dritte aus der vertraglichen Ueberlassung ein Recht auf Herausgabe bezw. ein Recht zur Vorenthaltung des Kindes, das er dem Anspruch aus § 1632 als Einrede entgegensetzen kann?

Die herrschende Lehre,[50]) insbesondere das Reichsgericht, steht auf dem Standpunkt, daß dem Vater grundsätzlich jederzeit ein Widerruf der Vereinbarung zu gestatten ist, und will auch keinen Unterschied machen, ob der Vertrag auf die Ueberlassung des Kindes an einen fremden Dritten oder den anderen Elternteil gerichtet ist. Der Erziehungsberechtigte habe nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, zu jeder Zeit diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihm eine gute Erziehung des Kindes gewährleisten; so solle er auch in der Wahl des Aufenthalts, der für die Ausbildung und Entwicklung des Kindes von maßgebendem Einfluß ist, stets frei Hand behalten. Deshalb müsse man ihm gestatten, einen Erziehungsvertrag beliebig für die Zukunft aufzulösen und das Kind von dem Dritten zurückzufordern. Die uneingeschränkte Anwendung dieses Satzes müsse nach dem Geiste des geltenden Rechtes als eine absolute Notwendigkeit bezeichnet werden.[51])

Der Ansicht des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre ist von verschiedenen Seiten entgegengetreten worden, und es ist der Versuch gemacht worden, Verträgen zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und einem Dritten über die Personensorge unter bestimmten Voraussetzungen durch Begrenzung des Rückforderungsrechtes größere Bedeutung und bindende Wirkung zu verleihen. Gewöhnlich wird hierbei unterschieden zwischen Verträgen mit einem fremden Dritten und solchen mit dem anderen Elternteil; unter diesem Gesichtspunkt werden verschiedene Lösungen gezeigt.

Als die bedeutendsten Vertreter der der herrschenden Lehre entgegengesetzten Ansicht sind André, Knitschky und Gehring zu nennen. Wir können uns im Hinblick auf die Begrenzung unseres Themas darauf beschränken, ihre Ausführungen über die Personensorgeverträge zwischen den beiden Elternteilen einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Auch André[52]) steht auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich ein Vertrag über die Personengewalt durch einseitige Erklärungen des Vaters aufgehoben werden kann. Nun geht er aber weiter und führt etwa folgendes aus:

Im Gegensatze zu Verträgen mit fremden Dritten muß bei Verträgen zwischen den Eltern das Widerrufsrecht nach zwei Richtungen hin eingeschränkt werden, und zwar muß eine zeitliche und eine sachliche Grenze gesetzt werden. Wenn der Vertrag „auf bestimmte kürzere Zeit", z. B. auf ein halbes Jahr oder für die Dauer eines Scheidungsprozesses, geschlossen ist, so soll dem Vater ein Abgehen von der Vereinbarung nur dann gestattet sein, wenn „ein wichtiger Grund" vorliegt. Durch Natur und Recht ist auch der Mutter Anteil an der Erziehung der Kinder gegeben. Nicht nur beim Vater, sondern auch bei der Mutter befindet sich das Kind in natürlicher Hut. Der Vater hat beim Abschluß und mit dem Abschluß des Vertrages selbst anerkannt, daß er in die Mutter das Vertrauen setzt, ihr die Kinder für gewisse Zeit überlassen zu können. Deshalb muß einer willkürlichen Rückforderung der Kinder Schranken gesetzt werden: Der Vater darf bei kurzfristigen Verträgen nur dann widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der besonders aus dem Interesse und der Wohlfahrt des Kindes entspringen kann.

Einen anderen Weg geht Knitschky.[53]) Er beruft sich darauf, daß beiden Eltern ein gleiches Recht bei der Erziehung der Kinder zukomme. Daß während des Bestehens der ehelichen Gemeinschaft der Vater bei Meinungsverschiedenheiten die Entscheidung habe, beruhe nicht auf einer größeren Stärke seines Rechts, sondern auf der Notwendigkeit, eine ausschlaggebende Instanz zu schaffen. Wenn nach den besonderen Umständen des Einzelfalles nur einer der Ehegatten die Erziehung zu leiten in der Lage sei, dann sollten sich die beiden darüber verständigen können, wer von ihnen diese Aufgabe übernehme. Eine vertragsmäßige Verständigung darüber müsse aber bindende Bedeutung haben, es sei denn, daß ein „überwiegendes Interesse des Kindes" von der Vereinbarung abzugehen gebiete. Jedenfalls verstoße ein willkürliches Lösen des Vertrages gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Dem Interesse des Kindes entspreche es am meisten, wenn man die Verbindlichkeit der Uebereinkunft zwischen den Eltern grundsätzlich anerkenne, jedoch ein „Anfechtungsrecht" gäbe für den Fall, daß ein

weiteres Verbleiben des Kindes bei dem anderen dem Wohle des Kindes zuwiderlaufe.

Während André anscheinend außer dem Interesse des Kindes auch Umstände, die auf anderem Gebiete liegen, als „wichtig“ und als Widerrufungsgrund ansieht, will Knitschky ein Abgehen von dem Vertrage nur aus dem überwiegenden Interesse des Kindes heraus gestatten.

Gehring[54]) steht wie André und Knitschky auf dem Standpunkt, daß weder eine gänzliche Verneinung rechtsgeschäftlicher Bindung noch die Anerkennung schrankenloser Gebundenheit rechtlich geboten erscheine. Er trägt keine Bedenken, einen Widerruf des Vertrages dann auszuschließen, wenn sich die Ueberlassung „auf eine bestimmte hinsichtlich des Eintritts ihrer Endigung hinreichend deutlich abgegrenzte Frist — so z. B. auf die Dauer eines Scheidungsprozesses — beschränke.“ Wo das Ende der Ueberlassung völlig ins Ungewisse gestellt oder gar praktisch ausgeschlossen sei, könne eine bindende Wirkung nicht anerkannt werden. Die Festlegung einer Zeitgrenze sei jedoch ein hervorragendes Mittel für die Ermöglichung einer einredebegründenden Wirkung. Allerdings müsse zu der zeitlichen Begrenzung noch eine sachliche hinzukommen. Diese könne aber weder in einem „wichtigen Interesse des Kindes“ gesucht werden, da diese Voraussetzungen zu unbestimmt seien. Es sei z. B. nicht angängig, daß das Kind deshalb dem anderen Elternteile wieder fortgenommen werden könne, weil dieser in eine wirtschaftlich bedrängte Lage geraten und deshalb nicht mehr imstande sei, das Kind in der bisherigen reichlichen Weise zu versorgen. Vielmehr müsse alles auf das „wahre Wohl“ des Kindes abgestellt werden. Dieses wahre Wohl sei nicht dem augenblicklichen, rein subjektiven Wohlbefinden gleichzusetzen, sondern entspringe aus der Gesamtheit der für die Entwicklung des Kindes förderlichen Lebensbedingungen und -umstände. Nur wenn das Wohl des Kindes — in diesem Sinne aufgefaßt — dessen Rückkehr zum Vater verlange, könne der Vater bei befristeten Verträgen mit der Mutter die Ueberlassung des Kindes widerrufen.

André sowohl wie Knitschky und Gehring verkennen nicht, daß sich das Ergebnis, zu dem sie kommen, wenigstens unmittelbar aus dem Gesetz nicht herleiten läßt; sie halten es für „mit dem positiven Recht nicht unvereinbar.“ Die innere Berechtigung für ihren Versuch, den Personensorgeverträgen

zwischen den Eltern unter besonderen Voraussetzungen bindendes Bedeutung zuzuerkennen, glauben sie darin zu finden, daß es bei der Auslegung und Beurteilung unserer Verträge der leitende Gedanke sein muß, einen ruhigen und gleichmäßigen Verlauf der Erziehungsarbeit am Kinde zu gewährleisten.

Wenn sie dieses Ziel dabei verfolgt haben, so haben sie es doch nicht erreicht. André meint, daß schon viel damit gewonnen sei, wenn mit Hilfe eines Vertrages an Stelle eines zertrümmerten Familienlebens einstweilen eine neue Grundlage für eine ruhige Erziehung der Kinder geschaffen würde; denn es bedürfe immer eines gewissen Entschlusses, den friedlich geordneten Zustand wieder zu zerstören, der doch ein gewisses Baharrungsvermögen und eine gewisse Festigkeit in sich trage. Das, was André hiermit sagt, mag tatsächlich in den allermeisten Fällen zutreffen; aber wir können damit nichts anfangen, wenn wir den rechtlichen Bestand und die Widerruflichkeit der Personensorgeverträge prüfen wollen. Wir haben nicht zu fragen, ob sich die beiden Ehegatten an ihren Vertrag tatsächlich im allgemeinen halten werden, sondern ob er eine rechtlich sichere Grundlage für eine ungestörte Erziehung der Kinder bietet. Und diese Frage ist mit der zutreffenden Begründung der herrschenden Lehre zu verneinen. Ob wir eine Beschränkung des Widerrufsrechts nach sachlichen oder zeitlichen Gesichtspunkten zulassen, immer liegt in einer beschränkten Bindung der Verträge ein teilweiser Verzicht auf die Sorge für die Person des Kindes. Ebenso wie ein unbedingter Verzicht, so ist auch ein bedingter oder befristeter mit dem Wesen der elterlichen Gewalt, wie wir gesehen haben, unvereinbar. Dieser Gedanke allein muß schon dazu führen, grundsätzlich jeden Versuch einer Widerrufsbeschränkung abzulehnen.

Was die Vorschläge Andrés und der beiden anderen im Einzelnen anbetrifft, so sind sie auch wegen ihres Mangels an Eindeutigkeit als abwegig zu bezeichnen. Einmal ist überhaupt nicht zu entscheiden, was im einzelnen Falle unter einem Vertrage „auf kürzere Frist“ oder auf „hinreichend begrenzte Frist“ zu verstehen ist; am allerwenigsten aber führt ein allgemeiner Hinweis auf die Erfordernisse von Treu und Glauben zu der Klarheit, was Rechtens unter den Parteien ist, zu der Klarheit, die gerade in diesen Fragen, wie die Gegner unserer Ansicht selbst hervorheben, in erster Linie angestrebt werden muß.

Es braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, daß man versucht hat, gegen das Widerrufsrecht des Ehemannes und Vaters dieselben Einreden — z. B. die Mißbrauchseinrede — zu rechtfertigen, wie man sie gegenüber dem Herausgabeanspruch hat geben wollen. Da wir an anderer Stelle schon die Unzulässigkeit dieser Einreden dargetan haben, erübrigt es sich, sie noch einmal in Verbindung mit den Personensorgeverträgen zu besprechen. Das Ergebnis muß dasselbe bleiben wie zuvor. Daß die Schikaneeinrede, die wir als möglich anerkannt haben, auch gegen den Widerruf des Sorgevertrages wirksam erhoben werden kann, ist zweifellos. Da aber die Berufung auf einen bestehenden Ueberlassungsvertrag nicht erforderlich ist, um die Einrede der Schikane erheben zu können, sondern diese selbständigen Bestand gegenüber dem Herausgabeanspruch hat, können wir auch in dieser Hinsicht auf unsere früheren Darlegungen verweisen.

So kommen wir bezüglich unserer Frage, welchen Einfluß eine vertragliche Überlassung des Kindes an die Mutter auf den Herausgabeanspruch des Vaters hat, zu folgendem Ergebnis:

Verträge zwischen getrennt lebenden Ehegatten, in denen der eine Teil dem anderen die Ausübung eines Sorgerechtes überläßt, sind gültig, jedoch — mit der einzigen Ausnahme des § 226 — jederzeit frei widerruflich. Die Frau kann daher unter Berufung auf vertragliche Vereinbarungen mit dem Manne diesem weder die Herausgabe der Kinder verweigern, noch einen selbständigen Anspruch gegen ihn auf Herausgabe erlangen.

Wir sind damit am Schlusse unserer Untersuchungen. Die Antwort, die wir auf die einzelnen besprochenen Fragen zu geben hatten, mag, auf konkrete Fälle des Lebens angewendet, zuweilen unbefriedigend und hart sein. Nehmen wir aber alles in allem, so steht das Ergebnis allein in Einklang mit dem Erfordernis und der sinnvollen Absicht unseres Gesetzes, der Wohlfahrt des Kindes vor allem zu dienen. Wir haben gesehen, daß das Gesetz aus guten Gründen den Schwerpunkt der Erziehung der Kinder in den Schoß der Familie gelegt, dem Staate jedoch in begrenztem Umfange einen Anteil an der Erziehung des Nachwuchses gesichert hat. Der Einfluß des Staates wird dann am segensreichsten sein, wenn er möglichst wenig als direkter Zwang in Erscheinung tritt; auch in den äußersten Fällen muß ein Eingreifen der staatlichen Organe in das Leben der Familie

mit möglichster Schonung aller Beteiligten vorgenommen werden. Den Männern, die hier als Richter im Namen der staatlichen Gemeinschaft zu wirken haben, ist damit ein nicht geringes Maß von Verantwortung übertragen. Es ist zu hoffen, und nur dadurch kann das große Ziel erreicht werden, daß hier immer der rechte Mann am rechten Platze steht. Nur wer ein sicheres Verständnis für die mannigfachen Gestaltungen des Lebens hat und wer als wahrer Freund und Helfer der Eltern und Kinder das Vertrauen aller, die sich an ihn wenden, genießt, kann der ernsten und hohen Aufgabe gerecht werden, deren Erfüllung ihm zum Segen der Allgemeinheit anvertraut worden ist.

Verzeichnis der Anmerkungen

[1]) S. 183.

[2]) Gehring S. 30.

[3]) So die herrschende Lehre (Staudinger Anm. 2 b, Planck Anm. 2 zu § 1632; Kipp S. 302; RG. Jur. Woch. 1916, 910 Nr. 8; ganz klar noch einmal RG. Jur. Woch. 1924, 537 Nr. 11). Abweichend Opet—von Blume Bem. 2 b zu § 1632.

[4]) OLG. 4, 109; RG. Jur. Woch. 24 a. a. O.

[5]) S. 737.

[6]) So z. B. Fuld, Gutachten aus dem Anwaltsstand, Band 1, S. 419 ff. Gimmerthal a. a. O. Band 104, S. 392 ff. Rothe S. 19 ff.

[7]) Vgl. die Fälle bei Cosack S. 212.

[8]) Vgl. die Ausführungen bei Kohler S. 470.

[9]) Reichsverfassung Art. 122.

[10]) Unger, Ztschr. f. dtsch. Ziv. Prozeß Band 34, S. 323; Josef dies. Ztschr. Band 30, S. 115, Band 35, S. 531.

[11]) OLG. 6, 58.

[12]) Vgl. z. B. Siméon-David S. 377; RG. 69, 64.

[13]) Stein III vor § 916.

[14]) Jur. Woch. 07 S. 6; Recht 1917 Nr. 2024; Gruch. Beitr. Bd. 64, 117.

[15]) z. B. Staudinger zu § 1634 1 b; Hagemann a. a. O. S. 405.

[16]) Danziger S. 38 f.

[17]) Vgl. besonders Dernburg S. 245; Hedemann, Recht 1907, S. 98.

[18]) So RG. 55; 421, 69; 46. Jur. Woch. 01, 296, 03 Beil. 146, 07 S. 6, 12, 395; 13, 646; vgl. auch Anm. 2 u. 3.

[19]) RG. v. 7. V. 03 und v. 26. X. 03 (55; 419 ff.).

[20]) So besonders RG. v. 25. I. 12 (Warn. Rspr. V, 172). RG. Jur. Woch. 13, 646; 17, 902 und vom 9. XII. 18.

[21]) Vgl. auch Leipz. Ztschr. 1919, 698 ff.

[22]) Dernburg a. a. O. S. 245.

[23]) Planck a. a. O. 9 zu § 1634; vgl. auch Hachenburg, Vorträge S. 71 ff. Aehnlich Goldmann Jur. Woch. 18, 260, der für eine analoge Anwendung des § 1635 BGB. eintritt.

[24]) So z. B. André S. 34.

[25]) Endemann II S. 589 Anm. 54.

[26]) Leonhard S. 175; Hagemann a. a. O. S. 405.

[27]) Bejaht wird diese Frage ohne nähere Begründung von Opet Jur. Woch. 17 S. 902 f.

[28]) Recht 05 Nr. 53; 1912 Nr. 1022; 1917 Nr. 641; vgl. auch OLG. Bd. 32 S. 15.

[29]) RG. Jur. Woch. S. 6 ff.

[30]) Hachenburg, Vorträge S. 72.

[31]) André S. 25.

[32]) Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung IV S. 622.

[33]) Motive IV S. 752; Planck Begründung 1450; Lotmar S. 72 und Anm.; André S. 26; RG. 1. 5. 1908; Recht 08 Nr. 2290; Endemann § 199.

[34]) Lotmar S. 73.

[35]) Lebrecht S. 27.

[36]) Endemann § 199.

[37]) Gehring S. 58.

[38]) Bes. Gimmerthal S. 390 f.; Glässing a. a. O. S. 188 f. 449; Schultheis a. a. O. S. 28.

[39]) Digesta Justiniani Augusti II 14, 38 (Mommsen Bd. I S. 71).

[40]) Windscheid Bd. I § 39; ebenso Eckard S. 51.

[41]) André S. 26.

[42]) Vgl. § 1765 BGB. (Annahme an Kindesstatt).

[43]) Jellinek, System S. 88.

[44]) S. 21.

[45]) Motive IV S. 842.

[46]) Gehring S. 62.

[47]) Knitschky S. 157.

[48]) Opet—von Blume zu § 1747.

[49]) André S. 27 f.; Staudinger Anm. I 5 d zu § 1631; Reichsgerichtsrätekommentar § 1631, 2; Opet—von Blume § 1627, 2 II, u. a.

[50]) Motive IV S. 752; RG. Komm. § 1631, 2; Opet S. 217; Planck Anm. 1 zu § 1631; RG. 60, 266; RG. Jur. Woch. 1925 S. 2115; OLG. 6, 60; KG Recht 04 S. 2617; OLG. 23, 413 u. a.

[51]) Danziger S. 37 f.

[52]) André S. 30 ff.

[53]) Knitschky S. 156 ff.

[54]) Gehring S. 90 ff.

Literaturverzeichnis

André, Friedrich, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, Rektoratsrede Marburg 1905.

Danziger, Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person. Diss. Leipzig 1908.

Dernburg, Heinrich, Deutsches Familienrecht, Halle 1903.

Eck, Clara, Die elterliche Gewalt im BGB. Arch. bürg. Recht, Band 41, Seite 1 bis 159.

Eckard, Fritz, Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder. Diss. Rostock 1900.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Band (8.—9. Auflage) Berlin 1908.

Fuld in Gutachten aus dem Anwaltsstand Band I.

Gehring, Paul, Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB. Berlin 1920.

Gimmerthal, Max, Zur väterlichen Gewalt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Arch. Ziv. Prax. Band 104, S. 388—426.

Gläßsing, Die öffentlich-rechtliche Natur des deutschen Vormundschaftsrechtes. Arch. f. öff. Recht Band 16, S. 425—466.

Goldmann zu RG. Jur. Woch. 17, 902 in Jur. Woch. 18, 260.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge Mannheim 1900.

Hagemann, Karl, Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe. Ztrbl. f. Frw. Gerichtsbarkeit, Not. u. Zwangsverst. Band 21/22, S. 401 ff.

Hedemann, Zuständigkeit im Streit um Kinder, Recht 1907, S. 96 ff.

Jellinek, G., System der Subjektiven Oeffentlichen Rechte. Tübingen 1905/1919.

Josef, Eugen, Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander. Ztschr. f. Ziv. Proz. Band 30 und 35.

—, Kleinere Streitfragen aus dem bürgerlichen Recht. Arch. Ziv. Prax. Band 119, S. 403 ff.

Kipp, (Enneccerus, Kipp, Wolff) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 2. Abteilung. Vierte Bearbeitung Marburg 1923.

Knitschky, W. E., Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB. Berlin 1899.

Kohler, Josef, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Band, 1. Teil. Berlin 1915.

Köhne, Elterliche Gewalt und Vormundschaft im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Gruch. Beitr. 40, S. 597 ff.

Lebrecht, Walter, Die Einreden gegen den Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes. Diss. Marburg 1913.

Leonhard, Franz, Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1923.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band IV, Amtliche Ausgabe 1888.

Opet—von Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1906.

Opet, Otto, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899.

—, Zu Jur. Woch. 17, 902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Band IV. Berlin 1906.

—, Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich. Vorlage des Redaktors. Berlin 1880.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Band IV. Berlin 1897.

Reichsgerichtsräte und Senatspräsidenten am Reichsgericht, Das Bürgerliche Gesetzbuch, erl. von .... Berlin-Leipzig 1923.

Rothe, Georg, Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1905.

Schultheis, Der öffentlich-rechtliche Wirkungskreis des Vaters, Vormunds und Pflegers, insbesondere im Disziplinarverfahren. Arch. öff. Recht Band 39, S. 27 ff.

Siméon-David, Recht und Rechtsgang, 1. Band, 2. Hälfte. Berlin 1924.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Band II. Teil. Erl. v. Th. Engelmann (7.—8. Aufl.) München, Berlin und Leipzig 1923.

Stein, Friedrich (früher Gaupp-Stein), Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Tübingen 1913.

Unger, A., Rechtsmittel im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht. Ztschr. f. Ziv. Proz. Band 34, S. 233 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearb. von Kipp, Bd. 1. Frankfurt a. M. 1906.

Zeitschriften und Sammlungen.

Arch. bürg. Recht, Archiv für Bürgerliches Recht. Herausgeg. von Kohler, Ring und Oertmann, Berlin.

Arch. öff. Recht, Archiv für Oeffentliches Recht. Herausgeg. von Laband, Otto Mayer und Stoerk, Tübingen und Leipzig.

Arch. Ziv. Prax, Archiv für die Civilistische Praxis. Herausgeg. von Blume, Heck, Rümelin, A. Schmidt in Verbindung mit Ring und Oertmann. Tübingen.

Gruch. Beitr., Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Herausgeg. von Predari, Schlegelberger und M. Wolff, Berlin.

Jur. Woch., Juristische Wochenschrift. Herausgeg. vom Deutschen Anwaltverein, Leipzig.

Leipz. Ztschr., Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Herausgeg. von Düringer, Ebermayer, Hachenburg u. a. München, Berlin und Leipzig.

OLG., Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgeg. von Mugdan und Falkmann. Berlin u. Leipzig.

Recht, Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel, Lindemann und Friedrichs. Berlin.

RG., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgeg. von Mitgliedern des Reichsgerichts. Leipzig.

Seuff Arch., Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgeg. von Schütt. München und Leipzig.

Warn., Warneyer, Otto. Jahrbuch der Entscheidungen. A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Leipzig.

Ztschr. f. d. Ziv. Proz., Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus. Berlin.

Ztrbl. f. F. G., Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung. Herausgeg. von Lobe, Schmidt und Lütkemann, Leipzig.

Lebenslauf

Ich, Hans Heinz Springfeld, bin am 19. Juni 1904 in Berlin-Schöneberg als Sohn des Versicherungsbeamten Wilhelm Springfeld und seiner Ehefrau Caroline, geb. Straub, geboren. Ich besuchte von Michaelis 1910 ab das Friedrichs-Werdersche Gymnasium in Berlin. Ostern 1922 verließ ich diese Anstalt mit dem Zeugnis der Reife. Ich studierte vom Sommer-Semester 1922 bis zum Winter-Semester 1923/24 an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin und vom Sommer-Semester 1924 bis zum Sommer-Semester 1925 an der Philipps-Universität in Marburg Rechtswissenschaften. Am 13. Januar 1926 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 26. Januar 1926 im Bezirk des Kammergerichts als Referendar angestellt. Am 13. Dezember 1926 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Druck: Pflaume & Roth, Berlin SW 68